

# 抗弁権とは、どのような権利か(二)

——「抗弁権の永久性」論を検討するために——

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに
- 二 日本民法における抗弁権の具体例
  - ー 同時履行の抗弁権と留置権の対比を中心にー……………四七卷一号
- 三 抗弁権とは、どのような権利か(一)
  - ー 一時的抗弁権と永久的(永続的)抗弁権・独立的抗弁権と非独立的(従属的)抗弁権ー……………本号
- 四 抗弁権とは、どのような権利か(二)
  - ー 抗弁権の論理構造と訴訟法学上の抗弁ー
- 五 中島博士の「抗辯論」の批判的検討
- 六 抗弁権は永久的な権利なのか
  - ー 形成権と対比してー
- 七 「抗弁権の永久性」法理は必要か
- 八 むすび

### 三 抗弁権とは、どのような権利か(一)

#### ― 一時的抗弁権と永久的(永続的)抗弁権・独立的抗弁権と非独立的(従属的)抗弁権 ―

一 日本民法に規定されている抗弁権の数は、ドイツ民法が規定している抗弁権の数に比べると格段に見劣りはそのものの、学説や判例が認めているものを加えると、かなりの数の抗弁権が存在している。

それでは、これらの抗弁権とは、一体どのような権利なのであるか。通説となつているところでは、抗弁権は相手方の請求権の行使に対して、その作用を阻止しうる効力をもつ権利であり、一定の事由に基づいて給付を拒絶しうる権利、請求権に対する反対権であるとされている。

しかし、抗弁権は請求権の行使に対してだけ向けられる権利であつて、取消権や解除権などの形成権の行使に対して向けられることはないのであらうか。つまり、抗弁権は請求権の行使に対して、給付を拒絶する権利として作用するだけであつて、相手方の形成権の行使に対して形成力の発生(例えば、意思表示の取消や契約の解除などの効力の発生)を阻止するために抗弁権を行使するということは、ありえないのであらうか。

注(七〇) 二〇〇二年の債務法改正以前におけるドイツ民法が規定してゐた抗弁権については、Jahr, NZJus, 1964, S.125 ff.; Roth,

Die Einrede des bürgerlichen Rechts, 1988, S.38 ff.

(七一) 於保不二雄「抗弁権」末川 博編・民事法学辞典上巻「一九六〇年」三六五頁、谷口知平編・注釈民法(1)「有斐閣・一九六四年」五九頁「田中 実」、谷口知平「石田喜久夫編・新版注釈民法(1)「有斐閣・一九八八年」五九頁「田中 実」安永正昭」。

Vgl. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.1, 1910, S.288 f.

二 周知のように、わが国の民法や民法学はドイツ民法やドイツ民法学を多に参考にして制定され、生成・発展

して来たが、抗弁権という概念がドイツ民法(学)から移入したものであることは、既に述べたところである。そのドイツでは、債権などの財産権ではなく、請求権が消滅時効にかかるとしており(下民九四条)、請求権が時効にかかると債務者は給付義務の履行拒絶権を取得する(下民二二四条<sup>(七三)</sup>、旧二二二条<sup>(七二)</sup>)。

これらの規定を反対解釈すると、形成権は消滅時効にかかることはない。したがって、除斥期間に服すると解されている。そして、除斥期間は消滅時効とは全く異質の権利行使期間であると解するところから、それは消滅時効とは正反対の内容をもつ権利行使期間とされ、中断がないことと援用を要しないことが、時効との違いの最大のメルクマールとされる。除斥期間を徒過すれば形成権は当然に消滅するし、形成権そのものは給付義務とは直接の関係はないので、消滅時効の場合のように履行拒絶の抗弁権が生じる余地はない。<sup>(七三)</sup>

このようなドイツ民法に対して、日本民法一六七条一項・二項は所有権以外の財産権が消滅時効によって消滅すると規定しているだけでなく、取消権や遺留分減殺請求権のような形成権も時効によって消滅するとしている(民一<sup>(七四)</sup>条・一〇四二条<sup>(七五)</sup>、なお、四二六条<sup>(七六)</sup>)。このように、日本民法の構成はドイツ民法とは全く異なっている。しかし、わが国においても形成権は消滅時効にかかることはなく、除斥期間に服し、除斥期間を徒過すれば形成権は当然に消滅するし、債権も除斥期間に服する場合には期間を徒過すれば当然に消滅し、援用を要しないとされている。この援用を要しない点と中断がない点が、消滅時効に対する除斥期間の最も大きな特徴であるとされる点は、ドイツ民法学におけるのと同じである。<sup>(七四)</sup>

しかし、除斥期間は消滅時効期間と同じように権利の行使期間であって、権利の存続期間ではない。したがって、一定の期間が経過することにより、当然に権利が消滅することはない。さらに、除斥期間を経過した後に形成権や債権を行使した場合に、相手方が期間が経過していることを問題とすることなく、権利の行使を許容して、権利行使の効果の発生を認めるならば、裁判所が期間の徒過により権利は消滅していると判断する必要はないし、そのよ

うな判断をしなければならないという理由もない。

だとすれば、除斥期間についても時効と同じように、期間経過の利益を放棄することは可能であるし(民一四六、  
参照)、

期間経過の利益を享受するには援用が必要である(民一四五、  
参照)ということになる。したがって、消滅時効と除斥期間の  
 違いは援用の要否ではなく、①中断の有無、②援用権の法的性質が形成権か抗弁権か、そして、③援用の効果が遡  
 及するか否か、<sup>(七五)</sup>というところに在ることになる。

注(七二) 日本民法を制定した当時の(二〇〇二年改正前の)ドイツ民法における消滅時効制度については、川島注(七)注民(五)一二

頁以下、岡本・注(七)注民(五)二六八頁以下、同ドイツの消滅時効制度について「比較法研究二二号(一九六一年)二二頁以下。

なお、二〇〇二年に改正された後の時効制度については、半田吉信「ドイツ債務法現代化法概要」(信山社二〇〇五年)五  
 五頁以下、加藤敬介「ドイツにおける新たな消滅時効法」(関西大院・法学ジャーナル七七号(二〇〇五年)一頁以下、片山英一  
 郎「ドイツ消滅時効法」(早大院・法研論集一一九号(二〇〇六年)五七頁以下、齊藤由起「ドイツ新消滅時効法」改正時の議論を  
 中心に「NBL八八号(二〇〇八年)六〇頁以下、大川謙蔵「ドイツにおける消滅時効と除斥期間の関係についての研究」わ  
 が国における除斥期間概念に対する示唆として」近畿大学法学五七巻一四三頁以下。

(七三) ドイツ民法(学)における除斥期間概念、および消滅時効との違いについては、岡本・注(七)注民(五)一九頁以下、大川・注

(七二)近法五七巻一五三頁以下、半田吉信「時効期間と除斥期間の分化過程」ドイツ普通法を中心に「法律時報五五巻三  
 号(一九八三年)一四頁以下、橋本恭宏「ドイツにおける除斥期間論」現況の概観「法律時報五五巻三三二頁以下、石松 勉  
 「除斥期間論の運命」ドイツにおける新消滅時効法を素材として「法学新報一一〇巻一一二合併号(二〇〇三年)五五頁以下。

(七四) この点については、拙稿・注(一)佐賀四四巻五号二〇五頁・二三三頁以下、四六巻三三六頁以下・九一頁以下。

(七五) この点については、拙稿・注(一)佐賀四六巻三三六頁以下・八一頁以下。

三 消滅時効と除斥期間の違いとして前節で述べたものの中で、本稿のテーマとの関係において最も重要な違いは、

②の援用権の法的性質の違いである。

日本民法の下では、消滅時効の援用をすれば、所有権以外の、債権などの財産権は消滅する(民一四五条、一六条)。したがって、消滅時効の援用権は形成権である。取得時効の援用をすれば、所有権などの財産権を原始取得する(民一六三条)。したがって、時効の援用権は取得時効か消滅時効かを問わず、日本民法の下では形成権とされている(七六二条)。これに対して、私が主張している除斥期間の援用は、除斥期間経過後に相手方が権利を行使して来た場合に、その権利行使の効果が発生するのを阻止するに止まり、権利そのものを消滅させる効果をもつものではない。したがって、除斥期間の援用権は形成権ではなくて、抗弁権に属する(七七条)。

つまり、債権が除斥期間に服する場合(例えば、民法七二四条後段)、除斥期間経過後の権利行使に対して債務者が除斥期間経過の利益を享受する旨の意思表示、要するに除斥期間の援用をすれば、債権そのものは消滅しないが、債権者が履行を請求した効果は発生しないことになり、債務者に対して債務の履行を強制することは出来なくなる。

というのは、債務者の除斥期間の援用によって、債権は、その**実体**をなす請求力(七七条)を発揮することの出来ない自然債務となる。したがって、債権者は債務者に対して履行の強制をすることは出来ないが、債権そのものは消滅しておらず、債権の**現象形態**をなす給付を受領し保持する権能は存続しているので、債務者が自発的に履行する場合、債権者が、これを受領しても非債弁済(民七〇五条参照)の不当利得となることはない(七九条)。

因に、請求権が時効によつて消滅すると構成するドイツ民法の下では、時効期間が経過すると債務者などの被請求者に給付拒絶の抗弁権が認められる(第二節参照)。そして、この抗弁権が行使されると、裁判所の手を借りて請求権を実現することは出来なくなり、自然債務となる(八〇条)。

除斥期間についても援用が必要であるとする私見では、右のドイツ民法におけるのと同じような結果が、除斥期間に服する債権について生じることになる。ドイツ民法の下では消滅時効の効果として生じることが、私見の下では除斥期間援用の効果として発生するという違いがあるのは、①日本民法の下では時効により債権そのものが消滅

するとされている点がドイツ民法とは異なっており、さらに、②私見は除斥期間の経過によって権利は消滅しないと解する点が、ドイツ民法学の通説やわが国の通説とは異なっているからである。

除斥期間を経過したことにより、当然に権利は消滅すると解する説は、形成権の場合を前提にしている。しかし、形成権は除斥期間を徒過したが故に当然に消滅するのではなくて、形成権は一度、行使すれば消滅する権利である。このことは、除斥期間経過前であっても、形成権を行使すれば、それによって消滅することを考えれば理解できよう。除斥期間経過前に形成権を行使すれば、形成権は消滅するが、その効果は当然に発生している。つまり、形成力を發揮させている。これに対して、除斥期間経過後に形成権を行使した場合、相手方が除斥期間の援用をすれば、形成権行使の効果の発生は阻止され、形成力を發揮することなく形成権は一度、行使されたことにより消滅する。<sup>(八二)</sup>

なお、形成権である時効援用権を行使した効果、即ち財産権の得喪という効果は、時効の起算点に遡って発生する<sup>(民一四)</sup>。これに対して、除斥期間を援用した効果、即ち相手方の権利行使の効果の発生を阻止するという効果

は、援用権を行使した時点において二時的抗弁権の場合、あるいは援用権を行使した時点から(永久的「永続的」抗弁権の場合)発生する。抗弁権を行使した効果を遡求させる必要はないし、その効果が除斥期間の起算点に遡って発生するとすれば、相手方の権利は起算日において既に無力化していたことになり、論理矛盾を来たしてしまう。<sup>(八三)</sup>

このように、援用権を行使した効果が遡るか否か、つまり遡及効を有するか否かという違いは、援用権の法的性質が形成権であるのか抗弁権にすぎないのかという違いに由来する、消滅時効と除斥期間との第二次的・派生的な違いである。

注(七六) 日本民法の下における時効援用権の法的性質、および論理構造については、拙稿・注(一)佐賀四五巻三号八九頁以下。  
 (七七) この点については、拙稿・注(一)佐賀四六巻三号九七頁。

(七八) 本質・実体・現象形態という三つの次元に分解した上で、それを総合するという私の方法論〔前掲注(二二)参照〕を用い

た私の債権構造論については、拙稿・注(一)佐賀四五卷三三五〇頁以下。

(七九) この点については、拙稿・注(一)佐賀四六卷四九八頁以下。なお、拙稿・注(一)四五卷三三七七頁以下。

(八〇) ドイツ民法における消滅時効の抗弁権 Verjährungseinrede については、Roth, N. 70, Stf. u. 165 f.

(八一) この点については、拙稿・注(一)佐賀四六卷三三六頁以下・八七頁以下、四六卷五号一一〇頁。

(八二) この点については、拙稿・注(一)佐賀四六卷三三九七頁以下、四六卷五号一一九頁以下。

四 消滅時効とは異なり、除斥期間を徒過すれば権利は当然に消滅するので、相手方の援用を要しないとする通説・判例に対して、除斥期間の場合にも相手方の援用は必要であるが、消滅時効の場合と異なり、除斥期間の援用は期間を徒過した権利を消滅させるのではなく、権利を行使した効果の発生を阻止するにすぎないと解する私見の下では、除斥期間の援用権は抗弁権ということになる。そして、除斥期間の援用により権利行使の効果の発生を阻止される権利として、債権(請求権)のみならず形成権が含まれることになる。

したがって、第二章で概観した「日本民法における抗弁権の具体例」の中に、除斥期間の援用権が加わることになる。そして、本章第一節で紹介した抗弁権の通説的な説明、即ち抗弁権は相手方の請求権行使の効果発生を阻止する給付拒絶権であるとする説明では、十分ではないことになる。というのは、除斥期間を経過した後の権利行使についても援用が必要であり、除斥期間の援用権は抗弁権であるとする私見の下では、抗弁権によつて請求権を行使した効果の発生が阻止されるだけでなく、形成権を行使した効果の発生も阻止されるからである。したがって、抗弁権は相手方の請求権または形成権の行使の効果の発生を阻止する権利である、と定義し直す必要がある。<sup>(八三)</sup>

ところで、第二章において例示した抗弁権は、いずれも相手方の給付請求に対し、その履行を一時的に拒絶して、履行を延期することを正当化する抗弁権であり、一時的抗弁権・延期的抗弁権 dilatorische Einreden と呼ばれてい



るもので、その行使の効果は、その時かぎりの一時的なものにすぎず、効果が永続することのないものである。これに対して、その行使の効果が永続する抗弁権があり、永久的抗弁権 *peremptorische Einreden* と呼ばれている。ドイツ民法における消滅時効の抗弁権は、ドイツ民法が定めている抗弁権の中で、最も重要な永久的抗弁権とされているが、私見の除斥期間の抗弁権は債権が除斥期間に服する場合、ドイツの消滅時効の抗弁権と同じような作用をすることは、前節において述べたところである。

ドイツ民法では、請求権が消滅時効にかかる相手方である義務者に給付拒絶の抗弁権が認められ、この抗弁権が行使されると請求権を行使した効果の発生は永久に阻止され、あたかも請求権が消滅したかのようになる。それ故に、永久的抗弁権とか滅却的抗弁権と呼ばれるわけである。私見においても、除斥期間に服する債権につき除斥期間の援用がなされると、債権の**実体**をなす請求力は消滅して自然債務となるが、この除斥期間の抗弁権を行使した効果は永続し、債権者が債権を行使した効果を永久に阻止する。しかし、債権そのものは消滅することなく、自然債務として存続する。したがって、この抗弁権を永久的抗弁権と呼ぶのは良いとしても、滅却的抗弁権と呼ぶのは妥当ではない。

形成権の行使に対して除斥期間の抗弁権を行使した場合にも、この抗弁権を行使した効果は永続し、相手方が形成権を行使した効果の発生は永久に阻止される。その点では債権が除斥期間にかかる場合と変りはないが、形成権は一度、行使されたことによって消滅するのであって、除斥期間の抗弁権が行使されたことにより消滅するわけではない。したがって、形成権に関しても、除斥期間の抗弁権を永久的抗弁権と呼ぶのは良いとしても、これを滅却的抗弁権と呼ぶのは妥当ではない。

注(八三) 石坂音四郎「保證人抗辯論」民法研究第二卷「有斐閣書房・一九一三年」四二八頁以下は、抗弁は必ずしも請求権に基づい



て生ずるもののみではなく、形成権に基づいて生ずるものもあるとされる。しかし、これは形成権の行使に対する抗弁権もあるという意味ではなくて、形成権(取消権・解除権)が行使されると法律関係が存在しなくなるが、この事実を抗弁権利不發生の抗弁・権利消滅の抗弁となしうるという意味であり、広義の抗弁 *Einwendung* に関する説明である。

石坂博士は、狭義の抗弁 *Einrede* は給付拒絶の抗弁、即ち原告の請求に対して給付を拒み、請求権の行使を妨げる抗弁とされている(前掲書四二七頁)。

(八四) Roth, N.70S.165.

(八五) 永田・注(一六) 関法二二巻四〇五〇合併号一五四頁一六一頁(なお、二二二頁)は、「永久的抗弁権」という表現ではなく、「永続的抗弁権」という表現をされる。坂田 宏「権利抗弁概念の再評価(一)——主張共通の原則の例外としての存在意義——」民商法雑誌一一〇巻四〇五合併号(一九九四年二二七頁注(23))坂田 宏「民事訴訟における処分権主義」有斐閣二〇〇一年に収録は、抗弁の効力が「永続的」であるというニュアンスを表わすために、永田教授に従うことにするとされる。

しかし、「永久的抗弁権」という表現は、相手方の権利行使の効果の発生を永久に阻止することを適切に表わしており、この表現自体に問題があるわけではない。とはいえ、第五節・六節で述べるように、「永久的抗弁権」は、いつまでも、永久に行使することが出来る抗弁権であるという誤解を生み出している。

したがって、本稿では他説を引用したり、紹介するときには原文に従って「永久的抗弁権」という表現をするが、そうでない場合には「永久的(永続的)請求権」という表現を用いる。

## 五 繰り返し述べているように、ドイツ民法は請求権の時効制度を採り、給付拒絶の抗弁権という永久的(永続的)

抗弁権を認めている。これに対して、日本民法は時効により所有権を除く債権、その他の財産権が消滅するとしている(民一六七条一項二項)。そして、除斥期間の徒過により当然に権利は消滅すると解されている。したがって、日本民法の下では永久的(永続的)抗弁権を認める余地はないかのように見える。(八六)

その結果、わが民法上、永久的抗弁権を認めうるかどうかは問題であるとか、わが民法が採用したのは延期的抗弁権のみであり、永続的抗弁権は継受しなかったとする見解が主張されている。(八七)しかし、わが国の民法学説の中に

は少数説ながら、日本民法の中に永久的抗弁権を認める見解がある。

例えば、近藤博士は遺留分減殺請求(民一〇三一条以下)に関して、遺留分を侵害する贈与や遺贈の客体が、①既に相手方に給付されている場合と、②未だ給付はなされていない場合とを分けた上で、前者の場合には民法一〇四二条(旧一四五条)の定める期間内に減殺請求権を行使しなければならぬが、後者の場合には受贈者や受遺者が客体の給付を請求して来たときに、この請求を永久に拒絶することが出来、この「永続抗弁権」は時効によって消滅するものではないとして、「抗弁権の永久性」を認められていた。<sup>(八九)</sup>

しかし、遺留分の減殺は法定相続人の遺留分が侵害されている部分につき贈与や遺言の効力を失わせる行為であり、相手方のある単独行為である。<sup>(九〇)</sup>したがって、遺留分減殺請求権は形成権であつて、抗弁権ではない。しかも、一〇四二条の除斥期間に服し、<sup>(九二)</sup>永久に行使できる権利ではない。

②の場合に減殺請求権を行使すると、その分だけ相手方の権利が減殺されるが故に、その分の履行を拒絶することが出来るようになる。近藤博士は、この「履行拒絶権」という部分に幻惑されて、これを抗弁権と思い込まれたのではあるまいか。そして、近藤博士が②の場合の遺留分減殺請求権を「永続抗弁権」とされる理由は、この「抗弁権」(実は形成権)を行使した効果が永続し、相手方の請求の効果の発生を永久に阻止するところに求めるのではなくて、この「抗弁権」により相手方の請求を永久に拒絶しうるところに求められている。しかし、遺留分減殺請求権形成権は除斥期間に服するので、相手方の請求を永久に拒絶することが出来るといふ保障はない。というのは、通説によれば除斥期間の徒過により権利は当然に消滅するし、私見によれば除斥期間の抗弁により形成権は効果を発生することなく消滅するからである。

しかし、除斥期間が経過する前に減殺請求をしておけば、減殺請求をしたという事実は、いつまでも抗弁(事実抗弁)として主張することが出来る。②の場合の遺留分減殺請求権につき形成権と抗弁権を区別されていない近藤博

士は、滅殺請求権という形成権を抗弁(権利抗弁)として訴訟の場で行使する場合には除斥期間に服するが、形成権を裁判外で既に行使したという事実を抗弁として主張する場合には、そのような期間制限に服することなく、永久に主張できるという違いに気付かれなかったようである。

ここにいう**事実抗弁**とは、契約が無効であるとか、取消・解除があった、あるいは債務を弁済したとか、免除を受けたというような事実が抗弁として原告の請求を理由のないものにして、権利の行使を阻止することを意味し、いずれかの訴訟当事者の陳述に右の事実が現われていれば、抗弁として作用する。これに対して、**権利抗弁**は原告の主張する法律効果や法律関係の発生を阻止したり、発生した法律効果を消滅させたり、停止させるために、被告が実体法上の権利(物権や債権・形成権や抗弁権)の発生原因を陳述した上で、その実体法上の権利を行使する意思表示<sup>(九三)</sup>をする必要があるとされている。

なお、抗弁権は消滅していない限り、いつまでも行使することが出来る。そして、抗弁権自身については消滅時効や除斥期間は存在していない(第六章三節)。したがって、近藤博士が主張されるように「永続抗弁権」だから時効によって消滅することがないのではなく、一時的抗弁権であっても時効により消滅することはないのである。

注(八六) 民法(債権法)改正検討委員会案の「3・1・3・6」の乙案は、時効によって債務者に履行拒絶権を認めるという提案を  
している[注(二〇)NBL九〇四号二四頁]。

(八七) 於保・注(七一)辞典上五六五頁。

(八八) 坂田 宏「権利抗弁概念の再評価(二・完)——主張共通の原則の例外としての存在意義——」民商法雑誌一一〇巻六号(一九九四年)三二頁。但し、「抗弁権の永久性」が議論される限りで、永続的抗弁権の議論は継受されているともいえることとされる[前掲論文五二頁注(三)]。しかし、「抗弁権の永久性」法理にいう抗弁権は実体法上の抗弁権とは異なっている(第一章四節参照)。

(八九) 近藤英吉「遺留分(二・完)」法学論叢二五巻四号(一九三二年)五一頁(近藤英吉・相統法の研究「弘文堂・一九三二年」に収録)。なお、近藤英吉「判例研究」包括遺贈の減殺「法学論叢三九巻二号(一九三八年)一五八頁以下。

(九〇) 中川善之助編・注釈民法<sup>26</sup>「有斐閣・一九七三年」四九頁「中川善之助」、中川善之助・加藤永一編・新版注釈民法<sup>28</sup>「補訂版」有斐閣・二〇〇二年」六九頁「中川善之助・加藤永一」、中川善之助・泉久雄・相統法「新版」有斐閣・一九七四年」五七七頁。

(九一) 遺留減殺請求権の法的性質に関する学説・判例については、中川・泉・注(九〇)相統法五七八頁注(二)、中川・淳・注(九〇)注民<sup>26</sup>三六五頁以下、同・注(九〇)新注民<sup>28</sup>四七二頁以下。

(九二) 民法一〇四二条の一年および一〇年の期間の法的性質に関する学説・判例については、高木多喜男・注(九〇)注民<sup>26</sup>四〇二頁以下、同・注(九〇)新注民<sup>28</sup>五二四頁以下。

一年の方は時効で、一〇年の方は除斥期間と解する説や両者とも時効であるとする説がある。しかし、遺留分減殺請求権を形成権と解するのであれば、形成権は消滅時効とは無縁な権利であるから「拙稿・注(一)佐賀四六巻三号六七頁以下」、両者とも除斥期間と解すべきである。

(九三) 平峯・隆「抗弁」前掲注(七一)民事法学辞典上巻五六四頁。

六 第二章九節において述べたように、四宮博士は「不当利得の抗弁権(私見では「目的不到達の抗弁権」)を永久的抗弁権の一種とされている」前掲注(六二)参照。しかし、この抗弁権を行使することにより契約が効力を失うわけではないし、債務が自然債務に転化するわけでもない。したがって、この抗弁権を一度行使すると、その効果、即ち相手方の給付請求を拒絶する効果が、いつまでも永続するわけではない。だとすれば、この抗弁権を永久的抗弁権と解することは出来ない。

四宮博士が、この抗弁権を永久的抗弁権と解される理由は、前節において検討した近藤博士の見解と同じように、この抗弁権は永久に行使することができ、時効によって消滅することがないところに求められているのである。しかし、そのような捉え方に問題があることは、前節で述べたとおりであるが、四宮説に即して説明しておこう。

第二章九節の事例では、X・Y間の就職斡旋契約により、YはXに謝礼を支払うことになったが、金員を持ち合せていなかったので、準消費貸借契約が結ばれた。その後、Xは就職の斡旋を失敗したにも拘わらず、Yに対して準消費貸借契約の履行を求めて訴えを起した。大審院はXの債権取得は目的不到達として不当利得になるので、Yは債務負担の免除を請求することが出来るし、Xの履行請求を拒絶することも出来るとした。

四宮博士は不当利得返還請求権が抗弁権として作用するとした上で、不当利得返還請求権が時効消滅した後も、右の抗弁権が時効にかかって消滅することはないとして、この「不当利得の抗弁権」を永久的抗弁権とされる。

しかし、Yの不当利得返還請求権が時効消滅した後に、Xが支払請求して来た場合には、YはXの斡旋が成功していないという事実に基づいて、Xの請求を拒絶することが出来るのであり、この事実が存在している限り永久に支払を拒絶しうるのであって、不当利得返還請求権を抗弁権をして行使するわけではないし、時効消滅した不当利得返還請求権は権利抗弁として機能することは出来ない。

なお、本誌四七巻一号一六六頁終りから八行目の「債務の履行を拒絶することも出来る」という文章の前に、「就職斡旋の不成功という事実に基づいて」という文章を加える必要がある。そうしないと、不当利得という事実に基づいて履行を拒絶しうるかのように読めて、「目的不到達の抗弁権」というよりも、四宮博士が言われるように「不当利得の抗弁権」であるかようになってしまう。

限定承認をした相続人の抗弁権を、永久的抗弁権とする見解がある。<sup>(九四)</sup>この見解が「相続の限定承認の抗弁権」「限定相続人の抗弁権」として、どのような内容の給付拒絶権を想定されているのか明確ではないが、民法九二八条の抗弁権を指しているのであれば、これは一時的抗弁権であって、永久的（永続的）抗弁権ではない。

右の抗弁権の内容として、「限定承認をしたから相続人としての責任は相続財産の限度においてしか負担しない」ということを想定しているのであれば、これは限定承認をしたという事実を訴訟上の抗弁として主張しているのだ

あつて、実体法上の抗弁権を行使しているわけではない。そして、限定承認の申述に対して家庭裁判所が受理の審判をした効力、即ち一応有効に限定承認が成立したものと見られる効力は、通常の民事訴訟によつて無効とされない限り認められる。<sup>(九五)</sup>したがつて、相続人が限定承認をしたという事實は、いつまでも永久に抗弁として主張することとは出来るが、それは永久的(永続的)抗弁権の問題ではなく、事実抗弁の問題である。

注(九四) 山中康雄・民法<sup>(総論相続則)</sup>「法律文化社・一九七八年」九八頁、松坂佐一・民法提要 総則「第三版増訂」有斐閣・一九八二年」五

五頁。なお、谷口知平編・注釈民法<sup>(五)</sup>「有斐閣・一九七〇年」三八九頁「小室直人」、谷口知平・久貴忠彦編・新版注釈民法<sup>(五)</sup>「有斐閣・一九八九年」五〇八頁「小室直人」は「限定承認の抗弁権」という表現をされているが、これを永久的抗弁権と解されるのか否か不明である。

(九五) 中川・泉注(九〇)相続法三四五頁。なお、小室注(九四)注民<sup>(五)</sup>三九六頁、同・注(九四)新注民<sup>(五)</sup>五一六頁。

七 要するに、永久的(永続的)抗弁権は裁判外において一度、行使しておけば、相手方の権利行使の効果が発生するのを阻止する効力は永続し、相手方の権利行使が効果を発生させることは永久に阻止される。例えば、ドイツ民法の下で債権が消滅時効にかかった場合に、債務者が履行拒絶権を行使すると、その債権は永久に請求力を發揮できなくなつて自然債務となる。これと同じようなことは、私の除斥期間論では債権が除斥期間に服する場合に、債務者が除斥期間の援用権を行使したときに発生する(本章三節参照)。

そして、裁判外において一度、永久的(永続的)抗弁権を行使しておけば、相手方が訴訟(給付訴訟)を起した場合に、裁判所で改めて抗弁権を行使しなくても、既に裁判外において抗弁権が行使されたという事実が、いずれかの訴訟当事者の陳述の中に表われておれば、抗弁権を行使した効果、即ち相手方の権利行使の効果が発生を阻止する効力(例えば、給付拒絶の効力)を裁判所に認めてもらうことが出来る。<sup>(九五)</sup>つまり、裁判外で永久的(永続的)抗弁権を行使して、相

手方の権利行使の効果が発生するのを永久に阻止したということが事実抗弁として作用するのである。

これに対して、一時的(延期的)抗弁権は、そのように永続的な効力をもつものではない。つまり、相手方が権利を行使して来た場合に(主として、給付を求めて来た場合に)、この抗弁権を行使して相手方の権利行使の効果発生を阻止する効力は、その場限りの一時的なものであり、債務の履行拒絶を、その場限りで一時的に正当化するにすぎない。したがって、相手方が再度、請求して来れば、その都度、改めて抗弁権を行使しなければならない。<sup>(九七)</sup>それだから、一時的抗弁権と呼ばれているわけである。そして、この抗弁権を裁判所で行使するには被告の主張を必要とするが、それは事実抗弁ではなくて、権利抗弁だからである。

ドイツの民法学説の中には、請求権が行使される度に抗弁権を主張しなければならないとする説は適切ではない、とする見解がある。<sup>(九九)</sup>しかし、これらの見解は一時的(延期的)抗弁権と永久的(永続的)抗弁権との区別、そして権利抗弁と事実抗弁の区別を理解していないように思われる。

因に、わが国の裁判実務において、抗弁権が訴訟上行使される場合、訴訟の場合(事実審に限る)で一度だけ抗弁権行使の意思表示がなされれば足りる、という扱いになっている<sup>(一〇〇)</sup>そうである。これは、同一事件について、一審か二審で抗弁権行使の意思表示がなされておれば足り、一審と二審の両方において意思表示をする必要はないという意味であって、同じ内容の給付訴訟が複数回、起された場合に、一回目の訴訟で抗弁権が行使されておれば、後の回の訴訟では抗弁権を行使しなくてよい、という意味ではない。

ところで、民事訴訟法学の三ヶ月博士は、抗弁権は実体法上の権利ないし法的地位として構成されているが、機能的には訴訟における抗弁という形を通じて始めて本来の意義を持ちうる概念である。つまり、実体法上の抗弁権は、その行使によって直ちに実体法上の権利変動を生ずるという点に本来の狙いがあるのではなく、請求を理由なしとして棄却するか、引換給付判決又は他の条件を付した給付判決を求めうる点に主たる機能が潜む法的地位である



り、訴訟（給付訴訟）と密接に関連を持つ概念である。したがって、訴訟外における行使でも意味を持つ形成権とは異なっているとされる。<sup>(一〇二)</sup>

たしかに、取消権や解除権・相殺権・時効援用権のような形成権は裁判外での行使によって効果を発生させ、形成訴訟を起さなければならぬわけではない。しかし、抗弁権も裁判外での行使によって相手方の権利行使の効果の発生を阻止して、債務の履行拒絶を正当化する効力を有している。とりわけ、永久的（永続的）抗弁権を裁判外で行使して相手方の請求権を無力化させたという事実、裁判の場では事実抗弁として作用するが、これは取消権などの形成権を裁判外において行使した場合と同じ作用である。これに対して、保証人の催告の抗弁権や検索の抗弁権、同時履行の抗弁権のような一時的（延期的）抗弁権は裁判外で行使したという事実は訴訟の場では作用せず、改めて訴訟の場で行使しなければならないところが、形成権や永久的（永続的）抗弁権とは異なっている。

それでは、相手方の権利行使の効果が発生するのを永久に阻止する永久的（永続的）抗弁権と形成権は、何が違っているのだろうか。形成権の中には新しい法律関係を発生させたり、既存の法律関係を変更させるものもあるが、取消権や消滅時効援用権などの既存の法律関係を消滅させる形成権は権利そのものを消滅させてしまう。<sup>(一〇三)</sup>これに対して、ドイツ民法の消滅時効の抗弁権や私見の除斥期間の援用権は相手方の権利行使の効果の発生を永久に阻止するに止まり、権利そのものを消滅させてしまうわけではない。したがって、債権は自然債務として存続するのである。

なお、本章五節において採り上げた近藤博士の見解の誤り、即ち形成権である遺留分減殺請求権を永続抗弁権とされる誤った見解の影響かどうか不明であるが、抗弁権を特殊な形成権、形成権的権利とされる於保博士は、永久的抗弁権を請求拒絶権として抗弁権の範疇において捉えることが果たして妥当か否かは問題であるとされ、永久的抗弁権の構成を認めるよりも、むしろ自然債務、あるいは無責任債務として理解するのが妥当であろうとされる。<sup>(一〇三)</sup>

しかし、永久的(永続的)抗弁権の行使によって、債権の**実体**をなす請求力の効力発生が永久に阻止され、無力化されるが故に自然債務となるのであって、この抗弁権が形成権だとすれば債権そのものが消滅してしまい、自然債務として存続することは出来ない。

注(九六) 同旨、兼子「実体法と訴訟法―民事訴訟の基礎理論―」[有斐閣・一九五七年]七八頁以下。

(九七) 末川 博・契約法上(総論)[岩波書店・一九五八年]七三頁。同旨、中田淳二「留置権の主張と裁判所の釋明義務」法学論叢

五九卷三号(一九五三年)一三二頁。

(九八) Seckel, Die Gestaltungsrecht des bürgerlichen Rechts, Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin: zum 50 jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden des wirklichen geheimen Rats Dr. Richard Koch: nebst einen Porträt des Jubilars. 1903. S.216.

(九九) Enneccers/Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, I, Halbband, 15. Aufl. 1959, S.442 Fn.15.

(一〇〇) 山本克己「抗弁権(権利抗弁)」最一小昭和27年11月27日民集6巻10号1062頁「法学教室」二九二号(二〇〇五年)九五頁以下。

(一〇一) 三ヶ月 章・民事訴訟法[有斐閣・一九五九年]二七八頁以下。

(一〇二) 形成権の論理構造については、拙稿・注(一)佐賀四六巻三号九〇頁。

(一〇三) 於保・注(七)辞典上五六五頁。

八 一時的(延期的)抗弁権と永久的(永続的)抗弁権という分類のほかに、**独立的抗弁権** *Selbstständige Einreden* と **非独立的(從属的)抗弁権** *Unselbstständige Einreden* という分類もなされている。

わが国では、**独立的抗弁権**とは他の権利に從属していない抗弁権であり、**從属的抗弁権**とは基礎にある権利に從属している抗弁権で、基本たる権利の消滅とともに消滅に帰すると説明されている。<sup>(一〇四)</sup>しかし、このような説明では余りにも抽象的であり、同義反覆しているにすぎない。

そこで、わが国の民法学説が参考になっているドイツ民法学説に立ち帰って見ると、請求権は自己の権利を実現する攻撃的な手段であるのに対して、抗弁権は自己の権利を守るための防衛手段であり、請求権に対して向けられる消極的権利であるとして、川島博士と同じような位置づけをするトゥールは、抗弁権の発生根拠の違いに合わせて、二種類に分けることが出来るとして、次のように説明している。<sup>(一〇五)</sup>

所有権や債権などの積極的権利を防衛する手段である抗弁権は、他の権利に依存しているので非独立的抗弁権と呼ばれる。これに対して、積極的権利、とりわけ請求権に対応することのない消極的権利が独立的抗弁権であるとする。そして、更に次のような説明を加えている。即ち、非独立的抗弁権は、法律生活が偶然に形成されることにより請求権と衝突するに至る積極的な権利の裏面である。これに対して、独立的抗弁権は請求権に内在する固有の弱点に基づいて、その請求権と関連して発生する抗弁権であるとトゥールは説いている。

この説明も抽象的で分かり易いものではないが、抗弁権は相手方が権利（とくに請求権）を行使して来たときに、その効果の発生を一時的に、または永久に阻止して、自己を守るために認められている権利である。それは、法律によつて根拠づけられて、法定の要件が充たされたときに発生するが、それ以外にも、法律の類推によつて根拠づけられたり、当事者の合意によつて根拠づけられて、その要件が充たされたときに発生する。

例えば、世界的にも稀な立法とされている日本民法の保証人の催告の抗弁権<sup>(一〇六)</sup>（二条四五）は債権者が主たる債務者に対して請求することなく、いきなり保証人に請求して来ることによつて発生する。保証人の検索の抗弁権は債権者が主たる債務者の財産について執行することなく、保証人から満足を得ようとすることによつて発生する<sup>(一〇七)</sup>（三三五）。同時履行の抗弁権<sup>(一〇八)</sup>（三三三）は、双務契約の相手方が債務の履行を提供することなく、自己の債権の履行を求めていることによつて発生する。限定承認者の抗弁権は相続債権者や受遺者が、民法九二七条一項に定められた期間の満了前に弁済を請求して来ることによつて発生する<sup>(一〇九)</sup>（八条九二）。現行民法に規定はないが、学説が認めている「不安の抗

弁権」は、後から履行する債務者の財産状態が悪化するなどの要件を充たしているにも拘わらず、先履行を求めて来れば発生する。

なお、日本民法にはドイツ民法五一九条のような贈与の履行拒絶権に関する規定はない。したがって、贈与契約において贈与者の生活が困窮した場合には贈与の履行を停止すると決めておけば、そのような状況に陥ったにも拘わらず、受贈者が履行を求めてくれば、履行拒絶の抗弁権が発生する。<sup>(一〇七)</sup>あるいは、ドイツ民法の請求権時効の抗弁権、即ち履行拒絶権や、私見における除斥期間の抗弁権は、相手方が権利行使期間内に権利を行使しなかったにも拘わらず、この期間経過後に権利を行使して来たときに発生する。

このような例を見れば明らかになるように、抗弁権は他の権利に依存して発生するの否かということが問題なのではなく、相手方が権利行使期間内に権利を行使しなかったにも拘わらず、あるいは権利を行使しうる要件に反しているにも拘わらず、権利を行使して来たが故に発生する権利である。だとすれば、独立的抗弁権と非独立的従属的抗弁権に分類すること、どのような意義があるのか疑問であるし、そもそも、前記のような基準によって独立的抗弁権と非独立的(従属的)抗弁権を区別しうるのか疑わしい。

注(一〇四) 於保・注(七一)辞典上五六五頁。なお、北川・注(一六)注民(五)三〇六頁。

(一〇五) Tuhf. N 71, S. 298 f. u. S. 299 f. n. 40. Vgl. Roth, N 70, S. 52 f.

(一〇六) 明石・注(二五)注民(二)四三頁、石坂・注(八三)研究(二)四五七頁。

(一〇七) ドイツ民法五一九条の履行拒絶権、さらにドイツ民法五二八条・五二九条の贈与履行後の撤回につき、山田 晟「ドイツにおける贈与の法的保護の歴史」比較法学会編『贈与の研究』有斐閣・一九五八年「一三五頁。なお、注(五八)の民法(債権関係)の改正に関する中間試案第36贈与の4は、履行拒絶の抗弁権ではなく、贈与者の困窮による贈与契約の解除を認める提案をしている。

九 前節では、独立的抗弁権と非独立的(従属的)抗弁権とに分ける基準が抽象的で分かり難いと述べた。そこで本節では、独立的抗弁権・非独立的(従属的)抗弁権として例示されているものを取り上げることにより、その区別基準の妥当性を検討してみよう。

他の権利に従属していない抗弁権を独立的抗弁権とし、基礎にある権利に従属しており、基本たる権利の消滅とともに消滅する抗弁権を従属的抗弁権とされる(保博士は、保証人の抗弁権を前者の例とされ、同時履行の抗弁権を後者の例とされている。<sup>(一〇八)</sup>)

しかし、保証人の抗弁権は、保証人の債務が主たる債務を補充し、主たる債務に付従しているが故に認められたものである。したがって、主たる債務が消滅すれば保証債務も当然に消滅し、保証人の抗弁権が発生する余地はないことになる。<sup>(一〇九)</sup> だとすれば、保証人の抗弁権を独立的抗弁権と解するのは疑問であり、ドイツ民法学説を無反省に受け容れたのではないかと思われる。

同時履行の抗弁権は、双務契約から生ずる債務の対価的依存関係・対価的牽連関係を考慮して、公平の原則に基づいて認められたものであり、他の権利に従属しているわけではない。したがって、基本たる権利が消滅すると同時履行の抗弁権も消滅するのではなくて、一方当事者の債権が消滅すれば対価的依存関係・対価的牽連関係を考慮した公平な取扱いをする必要性が無くなったために、同時履行の抗弁権を社会的に承認していた根拠が失われて、同時履行の抗弁権が発生しなくなるのである。

なお、対価的依存関係・対価的牽連関係にある双務契約の一方当事者の債権が時効で消滅しても、同時履行の抗弁権は時効にかからないと解されていたが、その根拠として同時履行の抗弁権は独立的抗弁権であるという理解があったようである。<sup>(一一〇)</sup> そして、この延長線上に「抗弁権の永久性」という見解が登場してくる。

しかし、対価的依存関係・対価的牽連関係にある一方当事者の債権が消滅すれば、その消滅原因が消滅時効であ

れ、弁済や免除であれ、同時履行の抗弁権を承認している基盤が無くなってしまふので、同時履行の抗弁権は発生したり存続しないことになる。右の事例において、同時履行の抗弁権は時効にかからないという主張には、抗弁権という権利だけが独自に時効にかかって消滅することはないということと、同時履行の抗弁権が認められるために必要な要件である、対価的依存関係・対価的牽連関係にある双務契約から発生する債権につき、その一方が消滅時効にかかれば、同時履行の抗弁権が発生する前提が失われてしまふということを明確に区別していないという難点がある。

つまり、抗弁権は、それだけで独自に時効消滅することはないという原則を、右の事例に無条件に適用してしまひ、この事例において同時履行の抗弁権が発生する前提要件が存続しているのか否か、という問題は検討されていないのである(なお、この問題は第六章において再論する)。

注(一〇八) 於保・注(七一)辞典上五六五頁。同旨、北川・注(一六)注民(5)三〇六頁。

(一〇九) 同旨、前掲注(二五)の注民(四)一七八頁以下「椿 寿夫」・三二二頁以下「中井美雄」・二四六頁「明石三郎」。

(一一〇) 山崎・注(七)講座I六〇九頁。なお、北川・注(一六)注民(5)三〇六頁以下は、自己の債権が時効消滅したときでも、相手方の履行請求に対して同時履行の抗弁権で対抗しうるとされるが、同時履行の抗弁権は従属的抗弁権とされている。

一〇 独立的抗弁権は請求権に内在する固有の弱点に基づいて、その請求権に関連して発生すると説くトゥールは、その代表例として請求権時効の抗弁権(ド民二二・贈与者の必需の(困窮の)抗弁権(ド民五・九条)・保証人の先訴の(検索の)抗弁(ド民七・七一条)を挙げている(一一二)。

しかし、前節において既に述べたように、保証人の抗弁権は保証債務の補充性・付従性を根拠にして認められて

いるのであって、債権者の請求権に内在している固有の弱点に基づいて発生するわけではない。贈与者の必需の(困窮)の抗弁権も、受贈者の請求権に内在している固有の弱点に基づいて、その請求権に関連して発生するのではなくて、贈与者側に生活が困窮しているという事情があるにも拘わらず、贈与の履行を請求することに対して認められた給付拒絶権である。

請求権時効の抗弁権は、時効により請求権は履行拒絶権が付いたものになる、というような説明がなされることがあるために、あたかも請求権の弱点に基づいて、そのような請求権に関連して発生しているかのようである。しかし、時効の抗弁権は権利者が一定の期間内に請求権を行使しなかったために、そのような請求権から請求力を奪い取ることを目的として認められたものである。したがって、この抗弁権が認められ、行使されることによって、請求権に弱点が発生するのであって、この請求権の弱点に基づいて時効の抗弁権が発生するのではない。

トールは非独立的抗弁権の例として、所有権に基づく物権的請求権に対する他物権や賃借権から生ずる抗弁権とか、留置の抗弁権などを挙げている。<sup>(一一三)</sup>しかし、所有権に基づく物権的請求権の行使に対して他物権や賃借権を主張して、所有権の行使を阻止するのは、他物権や賃借権を権利抗弁として主張しているのであって、抗弁権の主張をしているわけではない(本章五節参照)。

留置の抗弁権は相手方の引渡請求に対して、自己の債権を守るために認められている権利である。したがって、自己の他の権利に依存しており、この権利の消滅とともに留置の抗弁権は消滅するので、非独立的抗弁権と呼ぶにふさわしいかのである。たしかに、他人の物を留置しておく権利は相手方に対する自己の債権を守るために法認されているが、物の引渡を拒絶する抗弁権は相手方が引渡を請求して来たときに発生する。したがって、物の引渡を拒絶する権利と他人の物を留置しておく権利は、関連性を有しているが、区別して考える必要がある。

つまり、①自己の権利を守り、あるいは実現するために、他人の物を留置しておく権利が認められている。それ



故に、②相手方が物の引渡を請求して来たときに、相手方が債務を履行していないことが根拠になって、引渡拒絶の抗弁権が発生する。これに対して、相手方が彼の債務を履行すると、①他人の物を留置しておく権利は消滅し、その結果として、②相手方の引渡請求を拒絶する抗弁権は発生しなくなる(引渡拒絶の抗弁権が消滅するのではない。この点については次節でも言及する)。

このように分解して考えると、相手方の権利行使の効果の発生を阻止する抗弁権という権利が社会から必要とされ、承認されている根拠と、それぞれの抗弁権が具体的に発生して来る根拠は違っている。そして、社会から抗弁権が必要とされ、承認されている根拠は一つではない。保証人の抗弁権は保証債務の補充性・付従性に基づくものであり、同時履行の抗弁権や留置の抗弁権・不安の抗弁権は公平の原則や信義則に基づいており、時効の抗弁権や私見にいう除斥期間の抗弁権は権利者の怠慢に対する非難や債務者保護に基づいている。

これに対して、抗弁権が具体的に発生する根拠は、相手方が権利を行使して来たことであり、全ての抗弁権に共通している。というのは、抗弁権という権利は、相手方が権利を行使したときに、その権利行使の効果発生を阻止する権利として、統一性を有しているからである。

だとすれば、ツールのように抗弁権の発生根拠の違いに応じて独立的抗弁権と非独立的抗弁権を区別しようとしても、その手懸りは存在しないことになる。かといって、抗弁権が社会から承認されている根拠の違いに応じて、独立的抗弁権と非独立的抗弁権を区別しようとしても、いずれの抗弁権も背後に在る法律関係との関連を切り離すことは出来ないものであるから、右のような区別は不可能である。また、わが国の学説のように、抗弁権が他の権利に従属しているか否かによって従属的抗弁権と独立的抗弁権を区別しようとしても、それは不可能である。というのは、抗弁権は他の権利に従属したり、従属しなかったりする権利ではなく、他の権利を行使した効果の発生を阻止するために、他の権利の前に立ちはだかる権利だからである。

注(一一) Tuhf. N.71S.299 u. Fn40. なお、山崎注(七)永久性論一一二頁は、ドイツ民法における独立的抗弁権としてトゥールが例示したものを記されている。これに対して、岡本注(七二)注民(五)二九頁、同注(七二)比較二二五頁は、ドイツ民法が規定している独立の抗弁権として、①同時履行の抗弁権(三三〇条)、②留置の抗弁権(三七七条)、③先訴の抗弁権(二七七条)を例示されている。

(一一一) Tuhf. N.71S.299 ff.

一 抗弁権を独立的抗弁権と非独立的抗弁権、あるいは從属的抗弁権に分類することに、どのような意義があるのか明らかではない。しかし、どうしても、そのような分類をする必要があるのであれば、諸々の抗弁権を比較した上で、何か決定的な違いがあるのかどうかを探り出して見るというのも、一つの方法であろう。

ツールが独立的抗弁権としてしている時効の抗弁権は、相手方が一定期間内に権利を行使しなかったにも拘わらず一定の期間の経過後に権利を行使して来た時に、具体的な権利として発生する。抗弁権者が、この抗弁権を放棄して、この抗弁権を行使しないことにすれば、相手方の権利行使の効果は発生するが、そうでない限り、相手方の方から権利を行使した効果を発生させる方法はない。

これに対して、その他の抗弁権は、抗弁権者が抗弁権を放棄しなくても、つまり抗弁権者が抗弁権を行使しても、相手方は、その後で、抗弁権が発生しないようにして権利を行使することにより、権利行使の効果を発生させることが出来る。

日本民法の抗弁権を例にとると、保証人の催告の抗弁権(民四五二条)は、主たる債務者に対して請求した後で保証人に請求すれば、発生しない。検索の抗弁権(民四五三条)は、主たる債務者の財産について執行した後か、主たる債務者には弁済する資力がなく、あるいは資力があっても執行が容易でないことを証明すれば、保証人の財産について執行しても右の抗弁権を保証人から主張することは出来なくなる。

同時履行の抗弁権(三)は、自己の債務につき履行の提供をした上で、自己の債権を行使すれば発生しない。留置権に基づく引渡拒絶を回避するためには、留置物に関して生じた債務の弁済をして、留置権を消滅させた上で引渡請求をすれば(一)よい。

この場合、債務者が債務の弁済をしたことによって、債権者が他人の物を留置しておく権利は消滅する。その結果、債務者が物の引渡を求めて来たときに、債権者の引渡拒絶権は発生しなくなっているのであって、引渡拒絶権が消滅したから物を返還しなければならないのではない。このようなことを書くと、つまらない小理屈をこねているように見えるかも知れない。しかし、物を留置しておく権利と物の引渡を拒絶する権利は、関連性を有しているが、区別する必要がある。つまり、前者が後者の基礎をなしており、ここに両者の関連性がある。しかし、物を留置しておく権利は債務者が物の引渡を請求して来なくても発生しているが、引渡拒絶権は債務者が物の引渡を請求して来た時に発生する。ここに、両者の違いがあるが、このことは、抗弁権が「いつ」発生するのかという問題を考えて見ると明らかになる(次節参照)。

民法九二七条一項の期間が満了する前に、相続債権者や受遺者が限定承認者に弁済を請求しても履行を拒絶されるが(二)、この期間が満了した後に請求すれば履行を拒絶されることはない。履行の時期を異にする二個の債務の後履行債務者の財産状態が悪化して、信用を失った場合、相当の担保を提供した上で先履行債務者に請求すれば、不安の抗弁権を行使されることはない。贈与契約の際に、贈与者が生活に困窮する状況に陥れば贈与を拒絶する旨を定めている場合、贈与者が困窮状態から抜け出した後は、履行を拒絶することは出来ない。

注(一一三) 履行拒絶権が抗弁権として社会的承認を受けていることと、抗弁権が具体的に発生することを区別して考えるならば、抗弁権の放棄とは、相手方が権利を行使して来た段階で、つまり抗弁権が具体的に発生した後に、これを行使しない

旨の意思を明示的または黙示的に表示することである。

したがって、抗弁権が発生していることを知った上で放棄する必要があるが、時効の援用権のように一定期間の経過によって発生する権利ではないから、抗弁権の発生を知らないで「放棄」をすることはないのである。なお、時効援用権の発生を知らないで、これを「放棄」した場合、援用権の「喪失」と呼ばれている。しかし、援用権を失うわけではなくて、信義則上、行使できなくなる（行使しても、相手方から信義則違反の異議申立をされると、援用の効果は発生しなくなる）のであるから、「喪失」というのは妥当ではない〔拙稿、注（一）佐賀四五巻六号一八〇頁〕。

因に、抗弁権については民法一四六条のような規定はないが、抗弁権が具体的に発生する前に、「放棄」の意思表示をした場合、抗弁権が具体的に発生した時に、これを行使すると信義則違反、あるいは権利濫用とされることもある。

一二 前節で検討したように、抗弁権の中には、抗弁権者が放棄をしない限り、一度、抗弁権を行使されると相手方の権利行使の効果を発生させる方法がないものと、一度、抗弁権を行使されて権利行使の効果発生が阻止されても、抗弁権が具体的に発生しないようにして、改めて権利を行使すれば、権利行使の効果を発生させることが出来るものがある。

独立的抗弁権と非独立的抗弁権、あるいは従属的抗弁権に分類することに、どのような意義があるのか、私には分らない。しかし、そのような分類に意義があるのであれば、抗弁権の運命を抗弁権者が一手に握っているもの、つまり抗弁権の放棄がない限り、相手方には権利行使の効果の発生を阻止を回避する方法がないものを独立的抗弁権とし、そうでないもの、つまり相手方に権利行使の効果を発生させる方法が残されているものを非独立的抗弁権<sup>（二四）</sup>として分類することが出来るであろう。

本章で取り上げた抗弁権の中で前者に属するのは、ドイツ民法における時効の抗弁権と私見にいう除斥期間の抗弁権のみであり、他の抗弁権は全て後者に属している。

時効の抗弁権や除斥期間の抗弁権が一度、行使されると、相手方に権利行使の効果を発生させる方法が無くなるのは、これらの抗弁権が永久的(永続的)抗弁権だからである。つまり、この抗弁権を行使した効果は永続し、相手方の権利は永久に効果を発生できなくなるからである。これに対して、他の抗弁権は一時的(延期的)抗弁権であり、抗弁権を行使した、その場限りの履行拒絶権にすぎず、相手方が改めて権利を行使して来れば、改めて抗弁権を行使しなければならないのである。そして、相手方は抗弁権が認められている前提要件に抵触しないような対応をすることが可能であり、このような対応をされると抗弁権は発生しないことになる。

ということは、一時的(延期的)抗弁権は一度、行使すれば、そこで消滅してしまい、同じ内容の抗弁権(例えば、同時履行の抗弁権)であっても、既に行使したものと改めて行使するものは別個の抗弁権であり、相手方が権利を行使する度に発生して来ることを意味している。抗弁権という権利の必要性、および権利の発生と行使の要件・効果を社会から承認されることと、その抗弁権が具体的に発生して行使することは関連性を有しているが、区別する必要があるとする所以である(本章一〇節)。

そして、独立的抗弁権と非独立的抗弁権の違いは永久的(永続的)抗弁権や一時的(延期的)抗弁権が一旦、発生した後に、抗弁権が行使されないようにする方法が相手方に無いのか、あるのかという違いにすぎず、前者のような分類をする意義は全く存在しない。これに対して、永久的(永続的)抗弁権と一時的(延期的)抗弁権に分けることは、抗弁権を理解する上で必要なことであり、欠かせないことは、次章において抗弁権の論理構造を解明する際に明らかになる。

注(一一四) 従属的抗弁権という呼び方は妥当ではない。というのは、これらの抗弁権は他の権利に依存して発生するわけではないし、他の権利に従属して消滅するわけではないからである。

訂正

本誌四七巻一号一六七頁一〇行目の「概念が鈍化される」は、「純化される」の誤りである。

また、同誌一三七頁注(一)で紹介している拙稿・佐賀四六巻二号の一〇四頁終りから三行目の「商法旧一四四条」は「四四四条」の、同・四六巻三号の六〇頁終りから五行目の「形成的」は「形式的」の誤りである。

「未完」